# Die
# rechtliche Stellung des Gastwirts
# zum Publikum.

Inaugural-Dissertation

von

Dr. jur. Clemens Hemmer,
Rechtspraktikant in München.

1895

Druck von Gebr. Vögler in Weilheim.

# Die rechtliche Stellung des Gastwirts zum Publikum.

# Die
# rechtliche Stellung des Gastwirts
# zum Publikum.

Inaugural-Dissertation

von

Dr. jur. Clemens Hemmer,
Rechtspraktikant in München.

1895

Druck von Gebr. Vögler in Weilheim.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0084

Thema:

# Die rechtliche Stellung des Wirtes zum Publikum.

## I.

## Einleitung.

Wir beginnen mit einer kurzen Mitteilung aus der Praxis. In eines der größeren Restaurants Münchens war ein den höheren Ständen angehöriger Herr getreten, dem nach mehrfacher, vergeblicher Bestellung von Speisen und Getränken schließlich durch den Wirt selbst eröffnet wurde, daß ihm in diesem Lokale nichts verabreicht werde, er möge in thunlichster Bälde den Saal verlassen. Da der Wirt, trotz aller Einwendungen des Gastes, der sich auf sein gutes Recht stützen zu können glaubte, auf seinem Vorhaben beharrte, so blieb dem Herrn nichts übrig, als der an ihn ergangenen Aufforderung Folge zu leisten. Eine von ihm gestellte Beleidigungsklage gegen den Wirt endete mit dessen Verurteilung.

Der eben angeführte Fall behandelt eine für die Öffentlichkeit ebenso wichtige, wie von jeher bestrittene Frage, ob überhaupt oder in wie weit für Gastwirte eine Verpflichtung zur Aufnahme und Verpflegung von Gästen nachgewiesen werden kann. Im Nachstehenden soll eine nähere Untersuchung hierüber angestellt werden.

## II.

## Begriff des Wirtes und die verschiedenen Betriebsformen.

Vor allem werden wir uns fragen müssen: Was versteht man unter Gastwirt, und welches sind die verschiedenen Arten, in welchen der Wirtschaftsbetrieb bei uns vorkommt?

Wirt, oder was der gewöhnliche Sprachgebrauch hiemit identifiziert, Gastwirt im Sinne des Gesetzes ist jeder, der ein offenes Lokal hält, um Personen, sei es mit, sei es ohne Verpflegung gewerbsmäßig aufzunehmen. Es ergibt sich aus dieser Definition, daß der Wirtschaftsbetrieb zu den Gewerben gehört, der Wirt demnach Gewerbetreibender im Sinne unserer Gewerbeordnung ist.

So verschieden nun die Art und Weise sein kann, in der die Aufnahme von Fremden erfolgt, ebenso verschiedenartig sind auch ihrer Natur nach die einzelnen Wirtschaftsbetriebe. Ein Unternehmer, der sich darauf beschränkt durch Verabreichung zubereiteter Speisen Fremde zu bewirten, ist ein Speisewirt; wer gewerbsmäßig zum Genuß auf der Stelle Getränke ausschänkt, betreibt Schankwirtschaft, und unter Kleinhandel mit Bier und Branntwein versteht man den Verkauf dieser Getränke im Kleinen, insbesondere den Betrieb „einer sogen. Gassenschenke." Ein anderer Zweig besteht dann im bloßen Vermieten von Schlafstellen, sogenannte „Hôtels garnis", Hotels, die lediglich die Beherbergung von Fremden gewerbsmäßig betreiben. Neben diesen steht dann der Gastwirt* im Sinne des Gesetzes, der alle genannten Betriebszweige in seinem Unternehmen vereinigt, indem er nicht blos die Beherbergung der Gäste, sondern auch deren Verpflegung mit Speisen und Getränken übernimmt. Auf die verschiedenartige polizeiliche Behandlung der einzelnen Wirtschaftsgewerbe in der Gesetzgebung soll hier nicht näher eingegangen werden, dagegen ist es nötig noch einige allgemeine Begriffe näher zu erörtern.

* Landmann, Com. z. G.-O. § 33 Note 2.

## III.

## Begriff des Gewerbes.

Wir können im Allgemeinen kurz sagen: Gewerbe ist jede erlaubte Thätigkeitsäußerung von Personen, welche auf Herstellung oder Verarbeitung oder Umtausch oder Vertrieb von Gebrauchgegenständen gerichtet ist oder in fortdauernden gleichartigen Dienstleistungen besteht, und in der Absicht unternommen wird, sich dadurch einen Erwerb zu verschaffen.

Indessen wird der Begriff vielfach verschieden, bald enger, bald weiter gefaßt.

Landmann* versteht darunter jede erlaubte Berufs- oder Erwerbsart, ausgenommen die Gewinnung roher Naturerzeugnisse (Land- und Forstwirtschaft, Tierzucht, Jagd und Fischerei, Bergbau) einerseits und den öffentlichen Dienst, sowie gewisse Berufsarten, welche eine höhere Bildung voraussetzen, andererseits (wissenschaftliche und künstlerische Thätigkeit, Lehrberuf, Seelsorge u. s. w.).

Das Gesetz selbst hat uns eine Begriffsbestimmung nicht gegeben. Dagegen äußern sich die Motive zu § 6 des Entwurfs zur Gewerbeordnung hierüber in folgender Weise.**

„Während verschiedene Landesgesetze den Begriff des Gewerbes zu definieren suchen oder wenigstens gewisse Zweige erwerbender Thätigkeit prinzipiell ausschließen, weil dieselben nicht unter den Begriff der Gewerbe fallen, ist in dem vorliegenden Gesetze darauf verzichtet, den Begriff des Gewerbes abzugrenzen, weil dies die Vielgestaltetheit der gewerblichen Entwicklung nicht gestattet."

Hiezu bemerkt nun Stenglein a. a. O.: „Im Allgemeinen wäre es wohl nicht unrichtig, als Gewerbebetrieb jede Art erwerbender Thätigkeit zu bezeichnen, allein es wird dies der Auffassung des Lebens ebensowenig entsprechen, wie die

* Landmann, a. a. O. § 1 Note 1a.

** Stenglein, strafrechtliche Nebengesetze des Deutschen Reichs. S. 715 u. ff.

Begriffsbestimmung, die z. B. Holtzendorff in seiner Enzyklopädie gibt, worin es unter anderm heißt: ‚Gewerbe ist jede auf den Erwerb gerichtete, dauernd fortgesetzte Thätigkeit, gleichgiltig, ob dieselbe auf Urproduktion oder auf Bearbeitung oder Verarbeitung von Stoffen gerichtet ist oder in geistiger Beschäftigung besteht.'"

„Der Begriff", sagt nun Stenglein, „muß viel enger gefaßt und Gewerbe bezeichnet werden, als eine erwerbende Thätigkeit auf dem Gebiete der Industrie, des Handels, des Handwerks und der Hilfsgeschäfte dieser Erwerbszweige, sowie ferner jede andere dem Erwerb ausschließlich dienende Thätigkeit, mit Ausnahme der Beschäftigung des Gewerbegehilfen und des Gesindes, der wissenschaftlichen und höheren künstlerischen Thätigkeit, der Erzeugung und nicht kaufmännischen Verwertung der Urproduktion."

Der Betrieb eines Gewerbes verlangt nun, daß die ihrer technischen Natur gewerbliche Thätigkeit gewerbsmäßig betrieben wird, d. h. einerseits auf Erwerb von Vermögen irgend welcher Art gerichtet ist und andrerseits in der Absicht der Fortsetzung ausgeübt wird.*

## IV.

## Begriff des offenen Lokals.

Wir haben oben bei der Definition des „Gastwirtes" gesehen, daß begrifflich hiezu das Erfordernis eines offenen Lokals unbestrittenermaßen gehört; offenes Lokal ist aber nicht identisch mit öffentlichem Lokal, und der Gastwirtschaftsbetrieb keineswegs ein einem öffentlichen Betriebe gleichstehendes Unternehmen.

Daß beim Wirtschaftsgewerbe der Begriff der öffentlichen Sache** ausgeschlossen ist, bedarf wohl kaum der Erwähnung. Während nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Sachen bestimmt

* Landmann, a. a. O. § 1 Note 1a.

** s. Windscheid, Pand. I. § 145 u. ff. über Gemeingebrauch.

sind, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen und zwar in der Weise, daß für sie regelmäßig der Wille eines bestimmten Individuums oder einer Mehrheit bestimmter Individuen mit Ausschluß aller andern Individuen maßgebend ist, findet an einer Reihe von Sachen ein sogenannter Gemeingebrauch statt so, daß für sie nicht der Wille eines oder mehrerer Individuen ausschließlich maßgebend ist. Dies trifft in unserem Falle keineswegs zu.

Allein auch die Annahme eines nach allgemeiner Auffassung jedem öffentlichen Verkehr zugänglichen Lokals, die von gegnerischer Seite unterstellt wird, entbehrt unseres Erachtens jeglicher Grundlage.

Dies zeigt uns schon die Erwägung, daß das Gastlokal zu einem ganz bestimmten, eng begrenzten Zwecke von seinem Besitzer dem allgemeinen Verkehr zugänglich gemacht wird, mit andern Worten, daß eben derjenige, welcher die Wirtschaft betreibt, seine Lokalitäten, Logierzimmer, Vorräte u. s. w. lediglich zum Zwecke seines Gewerbebetriebs dem Publikum zur Verfügung stellt, und daß dies nicht der Fall ist, sobald jemand beabsichtigen würde, einen anderweitigen Gebrauch zu machen. Das öffentliche Lokal dagegen ist dem allgemeinen Verkehr freigegeben.

Ein kurzes Beispiel soll uns dies veranschaulichen. Den geöffneten, dem Publikum allgemein zugänglichen Saal des Gerichts zur Zeit einer Gerichtsverhandlung werden wir als öffentliches Lokal ansehen müssen. Zwar besteht auch für dies der bestimmte Zweck, nämlich dem Publikum die Möglichkeit zu gewähren, den öffentlichen Gerichtsverhandlungen anzuwohnen. Allein es ist jedem, sofern er sich nicht mit der Sitzungspolizei oder allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Ausschluß von Personen in Widerspruch setzt, der Besuch völlig frei gestellt derart, daß er dem Gange der Verhandlung folgen, oder daß er sich sonst in irgend einer niemanden störenden Weise beschäftigen kann, vielleicht auch nur um Schutz gegen strenge Winterkälte in dem angenehm durchwärmten Raum zu suchen. Denn, wenn der Staat durch Proklamirung des Prinzips der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen dem Publikum die Anwesenheit in den Sitzungssälen gestattet, so hat derselbe doch kein Interesse daran,

ob von der Erlaubnis hiezu überhaupt oder speziell zu dem beabsichtigten Zwecke Gebrauch gemacht wird.

Ganz anders dagegen liegen die Verhältnisse bei dem offenen Lokale eines Wirtes. Für diesen besteht zweifellos ein sehr hohes Interesse daran, daß der Besuch vor allem ein zahlreicher ist, und daß auch dem Zwecke genau entsprochen werde, zu welchem der ganze Wirtschaftsbetrieb eingerichtet ist. Es wäre doch beispielsweise ein eigenartiges Ansinnen für den Wirt, würde ein Fremder, ohne Speise und Trank zu sich zu nehmen oder Unterkunft suchen zu wollen, im Gasthause einkehren und verweilen, oder gar mitgebrachte Vorräte behaglich darin verzehren. Und zweifellos müßte dies jedem gestattet sein, wenn das Gastlokal ein öffentlicher Raum wäre.

Eine Begriffsbestimmung des „offenen Lokals" finden wir in einem Urteil des Oberl.-Gerichts Rostock vom 10. September 1892.* Es heißt dort: „Man versteht unter offenem Lokal ein in der Regel allgemein benutzbares oder wenigstens den Angehörigen gewisser Gesellschaftsklassen in der Regel allgemein zugängliches Lokal."

„Es entfalle somit", heißt es dann weiter, „einerseits der Begriff nicht, wenn zu gewissen Zeiten das Lokal einer geschlossenen Gesellschaft überlassen werde. Es müsse aber andererseits die Regel bilden, daß das Lokal, ohne daß eine öffentliche Ankündigung vorherzugehen oder es als solches äußerlich erkennbar gemacht zu werden bräuchte, jedermann zugänglich sei, der seinem äußeren Auftreten nach der Gesellschaftsklasse angehöre, *für deren Verkehr das Lokal bestimmt sei*, es wäre denn, daß besondere Gründe eine Zurückweisung rechtfertigen würden."

Allein während zwar hiemit das Wesen des „offenen Lokals" in seiner Allgemeinheit klar gekennzeichnet ist, muß für den Wirtschaftsbetrieb nach der Gewerbeordnung und nach den im Verkehr bestehenden Verhältnissen der Begriff viel weiter gefaßt werden.

Der Absatz 2 des § 33 der Gewerbeordnung spricht davon, daß die Erlaubnis zur Ausübung der Wirtschaft zu versagen ist,

* Landmann, B. I. zu § 33 Note 2. G.-O. — Reger, Entscheidungen der Ger.- u. Verw.-Behörden, IX. S. 190.

wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Lokal wegen seiner Beschaffenheit den polizeilichen Anforderungen nicht genügt. Nun könnte man dadurch zu der Ansicht verleitet werden, daß das Erfordernis des Lokals einen eigens hiezu abgeschlossenen und in seiner Abgeschlossenheit erkennbaren Raum bedinge. Selbstverständlich verlangt der Wirtschaftsbetrieb eine Räumlichkeit, die als Verkaufsstätte für die feilgehaltenen Speisen und Getränke dient. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Betrieb einer Wirtschaft im gesetzlichen Sinne ein Lokal von bestimmter Beschaffenheit voraussetze, welche dasselbe auch äußerlich als zum Wirtschaftsbetrieb geeignet und bestimmt darstellt. Wesentlich ist vielmehr nur, daß die zum Genusse dienenden Speisen und Getränke gewerbsmäßig in einer bestimmten für jedermann zugänglichen Räumlichkeit zum Genusse auf der Stelle feilgehalten werden, und daß in dieser Lokalität sonach eine Betriebs- und Verkaufsstätte errichtet ist. Man hat demnach unter Lokal die Verkaufsstelle zu verstehen. Sehr zutreffend bemerkt hierüber auch ein Erkenntnis des preußischen Oberverwaltungsgerichts:* „Ein Lokal ist nicht notwendig ein geschlossener Raum, möge er in Gebäuden liegen oder nicht, sondern der wortgetreuen Übersetzung nach eine Örtlichkeit. Daß das Schankgewerbe nur an einer Örtlichkeit betrieben werden kann, folgt aus der Natur der Sache. Daß die Örtlichkeit aber nicht immer ein geschlossener Raum sein muß, lehrt die Praxis vieler in offenen Anlagen betriebenen Schankstellen."

## V.

## Das Wirtschaftsgewerbe in seiner Beziehung zur Öffentlichkeit.

Die Stellung, welche das Wirtschaftsgewerbe zu allen Zeiten im öffentlichen Leben eingenommen hat und noch einnimmt, ist eine überaus wichtige. Das Wirtschaftsgewerbe wird

* s. Entsch., Band II. S. 333.

nur sehr selten als ein freies Gewerbe betrieben. Nach dem Ritus neuester Gesetzgebung ist es weitgehenden Beschränkungen unterworfen. Dieser Zustand erklärt sich daraus, daß das Schankgewerbe in höherem Maße als die meisten anderen Gewerbebetriebe Gefahren in sich birgt. Eine übermäßig große Anzahl von Schankstätten kann, indem sie die Gelegenheit und den Anreiz zum Trinken befördert, leicht Veranlassung zur Völlerei geben. Schon aus diesem Grunde ist eine Beschränkung in der Zahl der Wirtschaften wünschenswert.

Aber auch die Persönlichkeit der Wirte bedarf einer genauen Prüfung; denn es besteht nicht nur die Möglichkeit, daß der Wirt, indem er seine Gäste zum Trinken veranlaßt, selbst der Völlerei Vorschub leistet. Es kann der Betrieb der Wirtschaft auch zu anderen Zwecken mißbraucht werden. Die Wirtshäuser können Schlupfwinkel des verbotenen Spiels oder der Unsittlichkeit sein; sie können als Versammlungsorte von Verbrechern benützt werden, oder dazu dienen, letzteren die Früchte der begangenen That zu sichern, und hiedurch eine starke Gefährdung der Allgemeinheit mit sich bringen. Aus diesem Grunde ist nicht nur die Errichtung von Wirtschaften von einer besonderen Genehmigung abhängig, sondern dieselben unterliegen auch einer stetigen polizeilichen Kontrole, indem es als eine Pflicht des Staates erachtet wird, die Interessen der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit vor einer Gefährdung durch dieses Gewerbe zu schützen.* Es hat daher schon in früheren Zeiten hier die Gesetzgebung eingegriffen und der Staat das Recht für sich in Anspruch genommen, diese Betriebe durch eingehende gesetzliche Regelung einer fortwährenden Beaufsichtigung der Behörden zu unterstellen. Wie strenge schon bei den Römern die civilrechtliche Haftung der Gastwirte gewesen für die von den Reisenden eingebrachten Sachen, ist bekannt (receptum cauponum).** Die caupones hafteten nämlich nicht blos für Nachlässigkeit, sondern für jeden Schaden und alle Verluste, welche nicht durch unabwendbaren Zufall oder von außen her kommende Gewalt entstanden, sie hafteten insbesondere für die

* s. Rehm, Die rechtl. Natur der Gew.-Konz. S. 41.

** vergl. Windscheid, Pand. II. S. 398 u. ff.

von ihnen angestellten Personen. Dieser Satz ist dann übergegangen in die meisten späteren Gesetzgebungen.*

Nach der geschichtlichen Entwickelung lassen sich ferner drei Systeme der Gewerbepolizei-Gesetzgebung unterscheiden:**

Das Zunftsystem, als das System des mittelalterlichen Staates, das Konzessionssystem, als das System des Polizeistaates, und das System der Gewerbefreiheit, als das System des modernen Staates. Und das Ziel, welches sich die Gewerbeordnungen der Neuzeit setzen, kennzeichnet der Entwurf des bayerischen Gewerbegesetzes vom 30. Januar 1868 mit folgenden Worten (conf. Motive a. a. O. S. 68).

„Die wichtigste Grundlage einer Gewerbe-Ordnung ist die Gewerbe-Freiheit in politischer, sozialer und industrieller Beziehung, Beschränkungen können nicht im Interesse der Gesammtheit zugelassen werden."

Während unsere Gewerbe-Ordnung (in § 1 mit den Worten: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet") als obersten und wichtigsten Grundsatz den der Gewerbe-Freiheit ausspricht, wird durch den Nachsatz: „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind," eine nicht unwesentliche Modifizierung obigen Prinzips statuiert. Es besagt*** demnach der § 1 der Gewerbe-Ordnung, daß der Grundsatz der absoluten Gewerbefreiheit durch Vorschriften der Gewerbe-Ordnung selbst (Konzessionspflicht) durchbrochen sein kann.

## VI.

## Die Wirtschafts-Konzession.

Zu den Gewerben, deren Zulassung nach unserer Gewerbe-Ordnung von einer durch die Behörden erteilten Erlaubnis abhängig gemacht ist, gehört auch das Wirtschaftsgewerbe. Es

* s. Preuß. L.-R., Theil II, Tit. 8, §§ 444—452. — Code civil, Art. 1952—1954.

** s. Seydel, Gewerbepolizeirecht S. 17 u. ff.

*** s. Stenglein, die strafrechtl. Nebengesetze des Deutschen Reichs.

muß hier davon abgesehen werden, das Wesen dieser Konzession in rechtlicher Beziehung eingehender zu würdigen. Darüber erhalten wir in Rehms Monographie „Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession" ein vollkommen klares Bild. Wir wollen nur die sich widersprechenden Anschauungen in Kürze erwähnen, sowie das Ergebnis, zu welchem Rehm auf Grund seiner eingehenden Untersuchungen gelangt ist.

„In der Hauptsache", sagt Rehm,* „sind es zwei Anschauungen, die um den Preis der Wahrheit ringen, eine subjektivrechtliche, welche im Anschluß an die Ausdrucksweise der Gesetze die erteilte Genehmigung als Gewerbebefugnis im Sinne von Gewerbeberechtigung bezeichnet. Sie ist die ausschließlich herrschende in der Praxis der Verwaltungsbehörden sowie der Gerichte und hat das Übergewicht im Bereiche der Wissenschaft. Die jüngere Theorie, unter deren Vertretern sich die bedeutendsten Männer der Wissenschaft befinden, ist eine objektiv-rechtliche, welche in der erteilten Konzession nichts anderes erkennt, als den Zustand konkreter Beseitigung objektiv-rechtlicher Schranken der gewerblichen Handlungsfreiheit des Individuums."

Rehm ist der Ansicht, daß durch die Konzession erst dem an und für sich schon vorhandenen natürlichen Können eine rechtliche Bedeutung gegeben und das gesetzlich gestattete, also positiv erlaubte Handeln-dürfen zu einer Befugnis im rechtlichen Sinne werde und zwar derart, daß eine private und eine öffentliche Gewerbsbefugnis zur Entstehung gelangen durch das Rechtsverhältnis zwischen Einzelnen einerseits und durch das Rechtsverhältnis zwischen Individuum und verwaltendem Staate andrerseits.

Er erblickt in dem Satze des allegierten § 1 der Gewerbe-Ordnung „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet" eine genügende objektiv rechtliche Grundlage für Annahme eines subjektiven Privatrechts und gelangt schließlich zu dem Resultate, daß die rechtliche Durchführung des politischen Prinzips der Gewerbefreiheit in Deutschland erfolgt ist

*. l. c. § 2 S. 9.

durch Aufstellung eines privaten und öffentlichen Rechtes des Einzelnen.

Seydel,* als Hauptvertreter der gegnerischen Ansicht, geht davon aus, daß die Möglichkeit eines Gewerbebetriebs an sich kein Recht sei und auch dadurch nicht zu einem Rechte werde, daß bei gewissen Gewerben und unter gewissen mehr oder minder scharf umschriebenen Voraussetzungen die Handlungsfreiheit des Einzelnen polizeilich beschränkt werden kann.

## VII.

## Sonstige öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Wirtschafts-Gewerbes.

Abgesehen von dem Erfordernis der Konzessionirung ist teils durch unser Reichs-Straf-Gesetz-Buch teils durch unser bayr. Polizei-Straf-Gesetz-Buch eine Reihe von polizeilichen Beschränkungen dem Wirtschaftsgewerbe oder einzelnen Gattungen desselben auferlegt. Zu diesen gehört in erster Linie die Polizeistunde, das ist diejenige Zeit, zu welcher die Schanklokale geschlossen werden müssen. Sie gilt sowohl für Schank- wie für Gastwirtschaften, für letztere jedoch nur hinsichtlich der einheimischen Gäste, nicht hinsichtlich der durchreisenden Fremden, welche daselbst ihr Nachtquartier nehmen. (§ 36 5 R.-St.-G.-B.) Die Anordnung der Polizeistunde geschieht durch lokale Polizeiverordnung. Der Wirt, welcher das Verweilen seiner Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus duldet, wird mit Geldstrafe bis zu 60 *M.* oder bis zu 14 Tagen Haft bestraft.

Außerdem besitzen die Polizeibehörden auf Grund landesrechtlicher Vorschriften die Befugnis den Wirten zu verbieten, daß sie einzelnen Personen, welche als Trunkenbolde bekannt sind, geistige Getränke verabreichen oder den Aufenthalt in der Gaststube gestatten.

Ferner sind die Gastwirte gehalten, nach Maßgabe der besonderen örtlichen Vorschriften die Fremden bei der Polizei-

* conf. Seydel, bayr. Staatsrecht, Band I. S. 571.

behörde anzumelden. Sie können ferner durch die Ortspolizeibehörde angewiesen werden, die Verzeichnisse der von ihnen gestellten Preise einzureichen und in den Gastzimmern anzuschlagen. Diese Preise dürfen zwar jederzeit abgeändert werden. Die Abänderung tritt jedoch nicht eher in Kraft, bis sie der Polizeibehörde angezeigt und das abgeänderte Verzeichnis angeschlagen ist. Beschwerden der Reisenden wegen Überschreitung dieser Preise sind von der Ortspolizeibehörde vorbehaltlich des Rechtswegs zu entscheiden. (§ 75 G.-O.) Eine strafrechtliche Folge hat die Preisüberschreitung nicht.

Des Weiteren müssen die Schankgefäße, welche zur Verabreichung von Wein, Most oder Bier in Gast- oder Schankwirtschaften dienen, bestimmten Größen entsprechen, und sind diese durch einen Füllstrich zu bezeichnen. Die Wirte sind verpflichtet, zur Prüfung ihrer Schankgefäße gestempelte Flüssigkeitsmaße bereit zu halten. Reichsgesetz vom 20. Juli 1881 betr. die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefäße.

Hieher gehören ferner die Bestimmungen der § 285 und 369 Z. 2 des R.-St.-G.-B. (Strafbestimmungen, betr. Verbot der Glückspiele an öffentlichen Versammlungsorten, bezw. betr. die Vorschriften über Maß- und Gewichtspolizei. Schließlich hat das bayr. Polizei-Str.-G.-B. vom 26. Dezember 1871 in einer Reihe von Artikeln (31, 32, 34, 55, 56, 83, 46, 143, 144) für die Wirtschaftsbetriebe Vorschriften in der oben angegebenen Richtung erlassen.

Hievon enthält die für uns wichtigste Bestimmung der Art. 144. Derselbe besagt, daß Bäcker, Brot- und Mehlhändler, schenkberechtigte Brauer und Bierwirte, Metzger und andere zum Feilbieten von Fleisch berechtigte Personen in eine Geldstrafe bis zu 45 Mark verfallen, wenn sie ohne genügenden Entschuldigungsgrund, solange ihre Vorräte reichen, einem Käufer die Abgabe ihrer Verkaufsgegenstände gegen Zahlung verweigern. Ferner unterliegen nach Absatz 2 l. cit. Bäcker, Metzger, Müller und Bierwirte, welche den Betrieb ihres Gewerbes ohne genügende Entschuldigung einstellen, ohne solches wenigstens 14 Tage zuvor der Ortspolizeibehörde angezeigt zu haben, einer Strafe bis zu 90 Mark. Die Tendenz dieser so weitgehenden

Bestimmung ist die, dem Publikum den Bezug seiner gewöhnlichsten täglichen Lebensbedürfnisse nicht zu erschweren oder gar unmöglich zu machen, und dasselbe vor den Willkürlichkeiten der Verkäufer dieser Lebensmittel, vornehmlich im Falle von kritischen Zeiten, Teuerungen u. s. w. zu schützen, nicht aber die, eine polizeiliche Verpflichtung der Wirte zum Vertragsabschluß im Einzelfall zu statuieren.

## VIII.

## Der Wirtschaftsbetrieb in privatrechtlicher Würdigung.

Die eingangs aufgeworfene Frage, ob für Wirte eine Verpflichtung zur Aufnahme und Verpflegung von Gästen besteht, bildet auch den Gegenstand einer durch zwei sich widersprechende Digestenstellen hervorgerufenen Kontroverse.

Während Ulpian in lex I. § 1 Dig. 4. 9. mit Bezug auf die caupones sagt: „est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant“, lautet ein anderer Ausspruch von ihm in lex un § ult. Dig. 47. 5: „viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes.“ Nun hat man allerdings vielfach versucht, diese beiden direkt konträren Behauptungen in Einklang zu bringen.

Die Glosse und mit ihr viele Späteren wollen eine Vereinigung dieser Stellen dadurch ermöglichen, daß sie die erstere Stelle von der Anlegung eines Gasthofs verstehen, wonach also Ulpian gesagt hätte: Es hänge von der freien Wahl eines jeden ab, ob er Gastwirt werden wolle, oder nicht, sei er aber einmal Gastwirt, dann müsse er auch einen jeden Reisenden, der zu ihm komme, annehmen.

Vangerow* bemerkt hiezu ganz treffend, daß dieser Vereinigungsversuch, der den Worten und dem ganzen Zusammenhange widerspräche, ebensowenig einer besonderen Widerlegung bedürfe als die ganz willkürliche Konjektur Noodt's, der in l. un. cit. statt „ne quem recipiant“ lesen will „ne quae

* conf. Vangerow, Pand. III. § 648 S. 464 u. ff.

recipiant", und meint, es sei der Gastwirt zwar verpflichtet, Personen, nicht aber auch ihre Sachen aufzunehmen.

Ein anderer schlägt vor, das repellere mit „wiederheraustreiben des einmal aufgenommenen Gastes" zu übersetzen, und bemerkt hiezu, es stehe eben die erste Aufnahme dem Gastwirte zwar frei, indessen müsse er dann den einmal aufgenommenen Gast behalten. Madai* kommt zu dem Ergebnis, es seien beide Stellen nicht Gesetze, sondern nur Motive, und als solche auch nicht bindend. Allein welchen Trost kann es gewähren, wenn die Motive solche Widersprüche desselben Autors bergen?

Wenn dann schließlich Vangerow bemerkt, der Satz „nec repellere potest" enthalte keineswegs ein juristisches Verbot, sondern nur eine faktische Unmöglichkeit und Ungereimtheit für das Gastwirtsgewerbe, so liegt doch unseres Erachtens auch hierin eine befriedigende Lösung nicht. Denn einerseits bleibt der Widerspruch doch bestehen, wenn ein Satz das für rechtlich erlaubt erklärt, was im andern für faktisch unmöglich gehalten wird, und andrerseits erscheint diese Interpretation von posse mindestens ebenso gesucht, wie willkürlich. Wir werden eben darüber nicht hinauskommen können, daß Ulpian in der einen Stelle eine andere Ansicht ausgesprochen hat, wie in der zweiten.

Allein wenn wir die beiden Sätze ihrem Inhalte nach gegeneinanderhalten, so werden wir sicherlich aus inneren, in der Sache selbst liegenden Gründen nicht der Ansicht der Glosse beitreten können, die den Wirt durch die Wahl seines Gewerbes schon gleichzeitig zur Aufnahme und Bewirtung eines jeden Gastes, der solches verlangt, verbindlich machen will.

Denn dies würde einerseits für den Wirt die Verpflichtung enthalten, alle diejenigen Rechtsgeschäfte, die in den Bereich seines Gewerbebetriebs fallen, mit jedermann, der dies wünsche, abzuschließen. Andrerseits aber würde es sich als notwendige Konsequenz ergeben, — soferne nicht jene Vorschrift gänzlich illusorisch sein sollte, daß jedem Dritten ein Recht und zwar ein klagbares Recht zugestanden werden müßte, von dem Gastwirt den Abschluß von Verträgen gewisser Art verlangen

* s. Gießener Zeitschrift XVIII. S. 376.

zu können. Daß dies rechtlich nichts anderes bedeuten würde, als für das Wirtschaftsgewerbe den Kontrahirungszwang proklamieren, bedarf wohl nicht des Beweises.

Ebenso klar ist aber auch, daß sich dieser Zwang weder rechtlich irgendwie begründen, noch praktisch überhaupt durchführen ließe.

Auf die thatsächliche Unmöglichkeit läßt schon die einfache Erwägung schließen, daß die Leistungen, die für Reisende in einem jeden heutigen Gasthofe geboten werden, viel zu verschiedener Natur sind, als daß es von dem Belieben eines jeden einkehrenden und Aufnahme suchenden Gastes sollte abhängen können, in wie weit derselbe seinen Wirt zur Gewährung von Leistungen nötigen könnte. Wo anders läge denn da für die unbeschränkten und unbeschränkbaren Verpflichtungen des unglücklichen Gastwirtes die Grenze als in dem Satze: „ultra posse nemo tenetur“? Nur wenn man Unmögliches von ihm verlange, entfalle seine Verpflichtung zu leisten.

Welch ungeheuerliche Konsequenzen würden sich aber daraus ergeben? Müßte nicht vermöge des gegnerischen Klagerechtes in jedem einzelnen Falle, wo es zum Streite kommt, die Möglichkeit oder Unmöglichkeit im Prozeßwege oder sonstwie festgestellt werden, und wo wäre dann die jeweilige Grenze zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit zu suchen? Und weiter! Könnte nicht ein und dieselbe Leistung als von dem einen leicht, von einem andern nur mit Aufbietung bedeutender Mittel, und von einem dritten schlechterdings gar nicht erfüllbar gedacht werden?

Die wenigen Fragen sprechen wohl deutlicher als eine eingehende Widerlegung.

Dazu kommt noch, daß bei den in Rede stehenden Geschäften dieses Erwerbszweiges blos in seltenen Fällen bei einer Leistung Zug um Zug erfüllt wird oder auch nur erfüllt werden kann. Und dem Wirte zumuten, seinerseits zunächst auf Kredit zu erfüllen, das werden doch nicht einmal die überzeugtesten Anhänger dieser Richtung wollen!

Was nun die rechtliche Grundlage obiger Behauptung anlangt, so gehen die Vertreter derselben davon aus, daß in der

Eröffnung des Wirtschaftsbetriebes eine rechtlich den Offerenten bindende Offerte liege, und stützen sich hiebei auf die römisch-rechtliche Vertragslehre, wonach die propositio ad incertam personam als rechtswirksam zu behandeln sei. Sie müssen freilich, um nicht bei den eigenen Ausführungen „ad absurdum" zu gelangen, die Existenz eines Kontrahierungszwanges für Wirte im Prinzip leugnen. Aber sie konstruieren eine rechtliche Gebundenheit des Wirtes aus seinem Gewerbe mit Beziehung auf die von ihm abzuschließenden Geschäfte. Der Zwang, so sagen sie, bestehe zwar primär für den Wirt als solchen nicht, allein er resultiere — als Konsequenz aus der Lehre von der Perfektion der Verträge, — aus der Auffassung, daß die bloße Eröffnung des Wirtschaftsbetriebes schon als eine einseitig bindende Rechtshandlung anzusehen sei. Madai* meint, in der durch Anheften eines Schildes, durch Zeitungsannoncen u. dergl. geschehenen öffentlichen Ankündigung eines Wirtes sei eine giltige Offerte enthalten, welche unter rechtlicher Gebundenheit des Offerenten durch die bloße Acceptation des anderen zu einem perfekten Vertrage werde.

Der Reisende erkläre diese seine Acceptation durch die Einkehr in den Gasthof, bringe damit den Vertrag zur Perfektion, und es sei demnach der Wirtschaftsbesitzer zu einer Zurückweisung ferner nicht berechtigt. Er beruft sich insbesondere auf die bereits angeführte Stelle in l. 7 pr. Dig. naut. caup. 4. 9 und meint, wenn der Reisende Offerent wäre, und infolgedessen erst durch die Einwilligung des Wirtes der Vertrag zu stande komme, so müßte es diesem freistehen, seine Einwilligung einseitig an beliebige Bedingungen zu knüpfen. Biermann** glaubt nun die Madai'sche Ansicht aus anderen Gründen verteidigen zu können. Er sagt:

„Der Gastwirtsvertrag ist", wie wir auch oben bereits angeführt, „ein in hohem Maße inhaltlich unbestimmter Vertrag. Er bedarf keinerlei Vereinbarungen über die beiderseitigen Leistungen, und diese Leistungen sind ungemein verschiedenartig;

* a. a. O. S. 378 ff.

** conf. Iherings Jahrbücher, Bd. 32 S. 302. Rechtszwang zum Kontrahieren von J. Biermann.

mit der bloßen Aufnahme des Reisenden, d. h. dadurch, daß der Wirt zu seiner Einkehr ja sagt, wird vielmehr jedenfalls der Vertrag geschlossen. Ist aber die Einkehr eine vollständige Offerte, so ist auch die Eröffnung der Gastwirtschaft eine vollständige Offerte. Durch die Eröffnung seines Betriebes erklärt der Gastwirt, allen, die seine Dienste in Anspruch nehmen würden, gegen Entgelt Unterkommen und Beköstigung gewähren und überhaupt alles leisten zu wollen, was von Gastwirten seines Ranges verlangt zu werden pflegt. Diese Erklärung enthält alle wesentlichen Punkte des Gastwirtsvertrages, ein bloßes unbedingtes „Ja" des Reisenden, ganz gleich wie ausgedrückt, bringt den Vertrag zu Stande. Vollständig ist also die in der Eröffnung der Gastwirtschaft liegende Aufforderung. Steht sie aber insofern der Einkehr gleich, so ist es doch natürlicher und unserem Rechtsbewußtsein mehr entsprechend, sie und nicht die Einkehr für die Offerte, den Wirt und nicht den Reisenden für den Offerierenden zu halten. Denn der Wirt ist derjenige, der den Hauptvorteil bei dem Geschäfte hat, der dabei verdienen will; da ist es naturgemäßer, daß er die Initiative ergreift, als daß er die Dinge an sich herankommen läßt."

Wir können dieser Auffassung nicht beipflichten. Während früher die herschende Ansicht, die noch heute bedeutende Vertreter* aufzuweisen hat, dahin ging, daß eine an das Publikum, also an mehrere, gerichtete Offerte sich quellenmäßig als rechtsverbindlich nicht nachweisen lasse, daß dies nur in bestimmten Fällen, bei der Auslobung und beim Ausgebot in Versteigerungen (neuerdings auch bei der Aktienzeichnung) anzunehmen sei, hat man dies in jüngster Zeit vielfach als zu weit gehend und weder dem römischen Recht noch unserer heutigen Anschauung entsprechend bezeichnet. Insbesondere hat Sohm** schlagend nachgewiesen, daß die traditio ad incertam personam und die Offerte ad incertam personam der traditio ad certam personam rechtlich völlig gleich zu erachten sei.

---

* s. Scheuerl, Beiträge I. S. 206. — Jhering in seinen und Gerbers Jahrb. IV. S. 93.

** Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer incerta persona. Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht S. 62.

Der oberste Grundsatz für die Rechtswirksamkeit der Offerte ist, daß die Offerte derart in allen Teilen bestimmt ist, daß durch die Annahme eine vollkommene Einigung herbeigeführt und der Vertrag als perfekt angesehen werden kann. Denn Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, Verträge sind Konsenserklärungen. Die Frage, ob ein Vertrag geschlossen, ist identisch mit der Frage, ob ein Konsens erklärt ist. Da die Konsenserklärung durch Offerterklärung und Annahmeerklärung vor sich geht, so ist die Annahmeerklärung begrifflich der letzte Akt der Konsenserklärung. Es kann sonach in allen Fällen eine rechtswirksame Offerte an das Publikum überall da angenommen werden, wo diese Momente gegeben sind. Und es war ein Irrtum, wenn man früher geglaubt hat, es müsse bei der Traditions- und Offerterklärung die Person des anderen Kontrahenten von vorneherein bekannt oder doch bestimmt sein. Daß dem nicht so ist hat Sohm* in der bezeichneten Abhandlung an einer ganzen Reihe von Beispielen nachgewiesen.

Im technischen Sinne wird mit einer incerta persona nur dann paciscirt, wenn die Vertragsofferte einer erst in der Zukunft sich bestimmenden Person gemacht wird, d. h. wenn die Person des Oblaten im Moment der Vertragsofferte noch objektiv ungewiß ist. Die Person des Oblaten bestimmt sich in diesen Fällen durchweg erst, und dann definitiv, im Moment der Annahme der Vertragsofferte. Das Eigentümliche des Vertragsschlusses mit einer incerta persona besteht lediglich darin, daß die Vertragsofferte einer Reihe von Personen, gleichzeitig oder successiv, die Möglichkeit gewährt, sich zum Oblaten zu machen. Die Vertragsofferte ad incertam personam ist nicht als Vertragsofferte an mehrere Oblaten, die Auslobung z. B. nicht als Vertragsofferte an das Publikum, der jactus missilium nicht als Traditionsofferte an den vulgus zu denken: die Vertragsofferte ad incertam personam ist eine Offerte an einen Einzigen, nämlich an Denjenigen, welcher annehmen wird. In dem Moment der Annahme macht der Annehmende sich zum Oblaten, und schafft damit selber zugleich

* a. a. O. S. 51 u. ff.

die Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Annahme. Jeder aus dem betreffenden Kreise, welcher nicht annimmt, hat nicht etwa eine Offerte abgelehnt, sondern bewirkt, daß ihm überhaupt nicht offeriert ist. Der besondere Wille, daß die Annahmehandlung den Oblaten bestimme, macht das allein Charakteristische des Paciscirens mit einer incerta persona aus.

Es folgt, daraus, daß der zu stande gekommene Vertrag stets nur mit einer einzigen bestimmten Person geschlossen ist. In diesem Sinne bestätigt sich die Behauptung Scheuerl's,* daß „eine Vertragsschließung mit einer unbestimmten Person nicht denkbar ist." Nicht der Vertragsschluß, sondern nur die Vertragsofferte trägt die Ungewißheit der Person des andern Paciscenten in sich. Der Vertragschluß mit einer incerta persona hat nur das Eigentümliche, daß er auf einer Vertragsofferte mit erst später, d. h. mit erst im Moment des Vertragsschlusses sich bestimmenden Oblaten ruht. Es erhellt zugleich, daß irgend eine innere Schwierigkeit für den s. g. Vertragsschluß mit einer incerta persona nicht existiert. So wenig das Requisit der Bestimmtheit des Gegenstandes durch die auf einen erst später sich bestimmenden Gegenstand gerichtete Obligation (z. B. emtio rei speratae) verletzt wird, so wenig widerstrebt dem Requisit der Bestimmtheit des Oblaten die an einen erst später sich bestimmenden Oblaten gerichtete Vertragsofferte. Wie die Obligation präzis genug gefaßt ist, wenn nur aus ihrem eigenen Inhalt die Entscheidung über die spätere Bestimmung ihres Gegenstandes zu finden ist, gerade so ist die Vertragsofferte präzis genug, wenn nur aus ihrem eigenen Inhalt die Anhaltspunkte für die spätere Präzisierung ihres Oblaten sich ergeben. Wie dort die Obligation, so ist es hier die Vertragsofferte selber, nicht etwa ein außerhalb derselben liegender Umstand, wodurch dort der Schuldgegenstand, hier der Oblat gegeben wird, das heißt, um es paradox, aber dennoch zutreffend auszudrücken, es ergibt sich, daß auch die Vertragsofferte ad incertam personam eine Offerte ad certam personam ist, in dem Sinne, in welchem eine Vertragsofferte die

* Beiträge I. S. 206.

Bestimmtheit der Person des Oblaten fordert." Immer aber muß, das ist festzuhalten, die Person des andern Kontrahenten sowohl als der Gegenstand des Vertrages bestimmt bezeichnet oder wenigstens als in Zukunft genau bestimmbar gedacht werden können. Daß dies beim Wirtschaftsgewerbe und der in der Eröffnung des Betriebes liegenden Absicht des Wirtes ganz und gar nicht der Fall ist, wurde oben bereits erwähnt. Der Wirt will und kann sich nicht, wie Biermann* meint, verpflichten, alles das zu leisten, was Wirte seines Ranges zu leisten pflegen. Denn dies ist, wie schon der Wortlaut andeutet, ebenso unbestimmt und unbestimmbar.

Wenn dann Biermann noch für seine Ansicht die Autorität des Reichsgerichts** geltend zu machen sucht, so muß doch eingewendet werden, daß der angezogene Fall nicht ganz passend ist.

„Mit Recht", heißt es dort, „sei anzunehmen, i. e. die Vermutung spreche dafür, daß ein Wirt, der einen Wagen zu den ankommenden Zügen sendet, hiedurch eine Aufforderung an die Reisenden erlasse, in seinem Gasthause abzusteigen und sich zu diesem Behufe des Wagens für ihre Person und ihr Gepäck zu bedienen.

Es lasse dies sich zum mindesten dann nicht bezweifeln, wenn der Reisende mit dem Bemerken den Wagen besteige, er wolle in dem betreffenden Gasthause einkehren." Die Richtigkeit dieses letzteren Schlusses steht außer Frage.

Was aber die erstere Folgerung anlangt, die ja übrigens keineswegs apodiktisch und zwingend hingestellt wird, so kann man doch füglich behaupten, daß der Wirt, wie es auch häufig, insbesondere bei weiter Entfernung des Bahnhofs vom Orte vorkommt, eben lediglich eine Offerte zu Fahren durch Sendung eines Wagens machen will, und daß der Wagen gegen Entgelt auch von Leuten benützt werden kann, die gar nicht in dem Gasthofe absteigen wollen. Wir werden hierauf gleich noch einmal zurückkommen.

Das wichtigste Argument nun, das gegen die Ansicht Biermanns in diesem Punkte angeführt werden kann, liegt in

* a. a. O. S. 302.

** Seuff, Archiv XXXV Nr. 205.

der Frage: was für ein Vertrag kommt jeweils zu stande, und wann ist derselbe perfekt geworden?

Liegt in der Eröffnung des Wirtschaftsbetriebes eine rechtsverbindliche Offerte, so müßte und will auch von den Vertretern dieser Ansicht angenommen werden, daß der auf einen oder mehrere spezielle Vertragsgegenstände gerichtete Wille der Oblaten diesen Vertrag dann zur Perfektion bringe, sobald er jenen Willen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend äußere, das ist mit Betreten des Gastlokals, in dem eben besprochenen Falle mit Besteigen des Wagens. Ein einseitiger Rücktritt ist hernach nicht mehr möglich. Würde beispielsweise ein Fremder in der Absicht, für den ortsüblichen Preis ein Glas Bier zu trinken und ein Stück Braten zu essen, ein Gastlokal betreten, so wäre in dem Moment ein Genus-Kaufvertrag, der ein Glas Bier und ein Stück Braten zum Gegenstande hat, zur Entstehung gelangt, da Konsens über Waare und Preis als vorhanden anzusehen wäre. Wie stände es nun mit diesem Vertrage, wenn der Wirt gerade die gewünschte Speise nicht mehr hat, oder z. B. wegen vorgerückter Stunde nicht mehr zubereiten lassen kann oder will?

In konsequenter Weise müßte Biermann zu dem Ergebnis gelangen, daß der Fremde, der einen am Bahnhofe stehenden Hotelwagen bestiegen und dadurch seinen Konsens erklärt hat, in dem betreffenden Gasthofe zu logieren, gehalten sei, auch thatsächlich dies zu thun. Wie lange sollte dann diese Verpflichtung dauern? Etwa bloß für eine Nacht, für eine Mahlzeit?

Und doch wird niemand behaupten wollen, daß der Reisende am Gasthof angelangt, nach Bezahlung der Fahrkosten nicht aus irgend einem Grunde sich ein anderes Unterkommen sollte suchen können. Gerade weil eben hier nicht bloß alles unbestimmt und dem Oblaten auch unbekannt ist, — insbesondere Qualität und Preis — kann von irgend welcher Gebundenheit nicht die Rede sein.

Wie klar und einfach lösen sich all diese Fragen, wenn man im Wirtschaftsbetrieb keine Offerte erblickt, sondern, was das Natürlichere ist, eine Aufforderung Offerte zu machen. Der Wirt ladet das Publikum ein, seine Räume zu

besuchen, Bestellungen zu machen, und er ist es dann, der durch seine oder seiner Stellvertreter Erklärung, Annahme oder Nichtannahme des Vertrags herbeiführt. Nicht einmal in den speziellen Fällen, wo durch Aufstellung von genauen Verzeichnissen der vorhandenen Speisen und Getränke, sowie deren Preise eine gewisse Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes gegeben erscheint, dürfte unserer Ansicht nach ein rechtsverbindlicher Antrag zum Kaufe vorhanden sein, da auch hier eine Bestellung seitens eines Gastes immer noch der Acceptation des Wirtes bedarf, und nicht schon die Bestellung als solche den Vertrag zur Perfektion bringt.

Unsere Ansicht gewinnt noch eine wesentliche Stütze durch Art. 337 des Handels-Gesetz-Buchs, welcher lautet:

„Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mitteilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf." Um wie viel weniger kann dann ein solcher angenommen werden bei der Eröffnung des Wirtschaftsbetriebes, der ja in völliger Unbestimmtheit eine ganze Reihe von Miet-, Kauf- und Rezeptverträgen in sich begreift! Es muß vielmehr nach Lage der Sache der Prüfung und der Erwägung des Wirtes überlassen bleiben, ob und wie weit und namentlich unter welchen Bedingungen er sich mit einem Aufnahme suchenden Gaste in Geschäftsverbindung setzen will, bezw. setzen kann.

Der Wirt ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, und die von ihm im Bereiche seines Gewerbes abgeschlossenen Geschäfte sind an sich zu den Handelsgeschäften zu rechnen. Er hat also, wie der Kaufmann, die freie Wahl, mit wem er kontrahieren will, ist aber auch in den Fällen gebunden, in welchen dies für den Kaufmann gilt. Dabei müssen wir jedoch folgendes festhalten: Wenn der angezogene Art. 337 des H. G. B. unter gewissen Voraussetzungen eine rechtlich bindende Offerte nicht für gegeben erachtet, so ist das doch nicht so absolut aufzufassen, als wäre derjenige, welcher ein derartiges Anerbieten gleichzeitig an eine Mehrheit von Personen macht

unter keinen Umständen dem etwaigen Acceptanten gegenüber für obligiert zu erachten. Vielmehr steht fest, daß der Offerent sich dem „Ja“ des Adressaten exponiert, mag dieser nun eine bestimmte Person oder das gesammte Publikum sein. Mit vollem Recht nimmt daher Sohm* bei einer Reihe von Handlungen, die im Wirtschaftsbetriebe gang und gebe sind, eine rechtsverbindliche Offerte an das Publikum an, so z. B. bei der Aufstellung von Streichhölzchen, Zahnstochern, von Brot- und Kuchenkörben.

„Es ist zweifellos,“ sagt er, „daß bei jedem Ergreifen eines Streichholzes seitens eines Gastes zum Zwecke des Gebrauchs ein Eigentumsübergang und zwar ein Eigentumsübergang kraft Tradition stattfindet. Eine jede Tradition, welche sich hier vollzieht, ist eine traditio ad incertam personam. In jedem Streichholzbehälter steht eine Reihe von Traditionsofferten vor den Gästen, nämlich für jedes Streichholz eine Offerte an denjenigen Gast, welcher es zum Zweck des Gebrauches ergreifen wird. Der Oblat bestimmt sich im Moment des Ergreifens, d. h. im Moment der vom Offerenten gewollten Annahmehandlung. Für die Streichhölzer, welche nicht von den Gästen gebraucht werden, hat sich kein Oblat gefunden, und die Traditionsofferte wird allabendlich bei der Ausräumung des Lokals und Verwahrung der Streichhölzer zurückgenommen, um allmorgendlich durch erneutes Ausstellen der Behälter wiederholt zu werden. Kein Gastwirt, und ebenso auch kein Jurist wird der Ansicht sein, daß die in den Trinkstuben ausstehenden Streichhölzer derelinquierte, und infolge dessen herrenlose Sachen seien, denn sonst wäre jeder berechtigt eine beliebige Anzahl durch Occupation in seinen Besitz zu bringen.“

## IX.

## Über den Rechtszwang zum Kontrahieren.

Nach unserer Rechtsanschauung kann ein Zwang zur Eingehung eines Vertrages nur da bestehen, wo unser positives Recht,

* a. a. O. S. 52.

sei es Gesetz oder Polizeiverordnung dies ausdrücklich vorschreiben.* Während nun in einigen Fällen ein Streit hierüber nicht bestehen kann, wie beim Kontrahierungszwang infolge eines Vorvertrags und bei der Enteignung, finden wir in diesem Punkt bei einer Reihe von Gewerben eine weitgehende Kontroverse. Ziemlich allgemein anerkannt ist der Kontrahierungszwang für die öffentlichen Anstalten und Betriebe, worüber sich Laband (Etatsrecht II S. 55) folgendermaßen äußert:

„Post und Telegraphie sind kein freies Gewerbe des Fiskus, sondern öffentliche Verkehrsanstalten, welche zum Dienste des Publikums bestimmt sind. . .

Die Benützung der Post- und Telegraphenanstalt steht jedem frei, sie darf niemandem verweigert werden, der sich den allgemeinen Vorschriften für Benützung derselben unterwirft, und darf für niemanden an erschwerendere Bedingungen geknüpft werden. Das ist der Cardinalunterschied zwischen einem gewöhnlichen Transportunternehmer, der mit niemanden zu kontrahieren genötigt ist, mit dem er nicht kontrahieren will, und den öffentlichen Verkehrsanstalten, welche zum Dienste des Publikums bestimmt sind.

Diese öffentlichen Verkehrsanstalten müssen aber keineswegs staatliche Anstalten sein. Der obige Grundsatz gilt auch von Privatunternehmern öffentlicher Eisenbahnen, Dampfschiffsbetrieben, Droschken, Fähren u. s. w. Daraus ergibt sich als notwendige Konsequenz, daß die Vertragsbedingungen, unter welchen die Post- und Telegraphenanstalt kontrahiert, ein für allemal feststehen und in allen Fällen gleichmäßig zur Anwendung kommen müssen, während derjenige, welcher ein freies Transportgewerbe betreibt, in jedem einzelnen Falle die Bedingungen besonders festsetzen oder vereinbaren kann. Demgemäß ist die Taxe für jede Art von Beförderung die Art der Erfüllung, die Übernahme der Transport Verpflichtung und die gesetzliche Pflicht für Nichterfüllung oder nicht ordnungsmäßige Erfüllung allgemein zu regeln. Für alle Verträge, welche die Post und Telegraphenanstalten in Ausübung ihres öffentlichen Geschäftsbetriebs ab-

* conf. Iherings Jahrbücher, Bd. 32 S. 267. Rechtszwang zum Kontrahieren von J. Biermann.

schließen, müssen Normalbedingungen festgestellt sein, von denen sie bei den einzelnen Geschäften weder zu Gunst noch zur Ungunst des andern Kontrahenten abweichen dürfen.

Soweit die Postanstalt nicht als öffentliche Verkehrsanstalt in Betracht kommt, sondern Hilfsgeschäfte zum Betriebe des Transportunternehmens abschließt, z. B. Wagen, Pferde ꝛc. anschafft oder veräußert, genießt sie volle Handlungsfreiheit und steht lediglich unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.*

Soweit der Postzwang besteht ist die Post verpflichtet, das ihr beigelegte Monopol auch wirklich auszuüben, denn diese Pflicht ist das selbstverständliche und notwendige Korrelat des Rechtes auf ausschließlichen Gewerbebetrieb."

Noch weiter geht Meili.** Er stellt den Satz auf:

„Es ist klar, daß der Kontrahierungszwang auf allen denjenigen Anstalten ruht, welche eine öffentliche Zweckbestimmung haben. Dies trifft insbesondere zu bei Eisenbahnen, Tramways, Dampfschiffen, Posten, Telegraphen und Telephonen. Meili glaubt, wie Biermann*** sagt, es genüge zu ihrer Begründung der Hinweis auf die Bedürfnisse des Verkehrslebens und gibt nach Analogie der l. 2 § 5 Dig. n. qu. i. l. publ. 43. 8 jedermann eine actio popularis auf Erfüllung der den öffentlichen Verkehrsanstalten obliegenden Verpflichtungen.

Mit Recht bestreitet dies Biermann und wiederlegt es mit der Behauptung, daß es allerdings Aufgabe des Staates sei, dafür zu sorgen, daß die für das Wohl der Gesammtheit unentbehrlichen Gewerbe, niemanden die Befriedigung seiner Bedürfnisse versage, daß dies jedoch geschehen müsse im Wege der Gesetzgebung oder Polizeiordnung, was in dieser Allgemeinheit nicht der Fall sei. Reuling† nimmt an, daß für alle diejenigen Gewerbe, denen durch die Polizeibehörde in Reglements unter gewissen Bedingungen der Abschluß von Verträgen vorgeschrieben ist, wie Droschkenführer, Dienstmänner ꝛc., ein Kontrahierungszwang bestehe. Insonderheit folgert er dies aus den

* Laband, a. a. O. S. 57 II.

** conf. Meili, Telephonrecht S. 161 u. ff.

*** s. Biermann, a. a. O. S. 290.

† s. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 16 S. 673, Anm., u. S. 672.

Bedingungen der Konzession, Approbation, Vereidigung, wie sie unsere Gewerbe-Ordnung enthält.

Biermann* stimmt mit Reuling in ersterem Falle überein, bestreitet jedoch das Vorhandensein des Zwanges im zweiten Falle mit der Modifikation, daß ein solcher nur dann eintrete, wenn nach der Gewerbe Ordnung „die Statuierung der Konzessionspflicht den Zweck hat, den Betrieb des Gewerbes auf den Bereich des Bedürfnisses zu beschränken." Er erkennt ferner einen Kontrahierungszwang infolge rechtlicher und faktischer Monopole an.

Unseres Erachtens gehen diese Ansichten alle zu weit. Wir halten dafür, daß von einem wirklichen Kontrahierungszwang im vollen Sinne des Wortes nur da die Rede sein kann, wo der Pflicht zu kontrahieren auf der einen Seite, ein Recht auf Abschluß des Kontraktes auf der andern Seite entspricht, mit andern Worten, nur da, wo der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung eine privatrechtliche Verpflichtung zum Vertragsabschluß gegenüber steht, im Gegensatz zu denjenigen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, denen ein Privatrecht auf Vertragsabschluß nicht entspricht, bei denen lediglich eine Verpflichtung dem Gesetze gegenüber statuiert ist.

Ersteres ist beispielsweise der Fall bei der gesetzlichen Bestimmung des Art. 422 des Handels Gesetz Buches, worin für Eisenbahnen, welche dem Publikum zur Benützung für den Gütertransport überlassen sind, die Bestimmung getroffen ist, daß sie die bei ihnen nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäftes für ihre Bahnstrecke nur unter gewissen Bedingungen verweigern können.

Es besteht sonach für die Eisenbahnen ein Zwang zur Eingehung des Frachtvertrags, was rechtlich einem Vorvertrag gleich steht, und die Ausführungspflicht folgt dann aus dem Vertrage selbst.

Im Falle des Zuwiderhandelns besteht eine Verpflichtung zum Schadenersatz. Es darf natürlich auch auf Erfüllung, d. h. auf Abschließung des Frachtvertrags geklagt werden, falls dies

* Biermann, a. a. O. S. 273, 278.

der Absender der Interesseleistung vorzieht. Denn nicht selten kommt der Fall vor, (Biermann, a. a. O. S. 268) daß Güter wegen ungenügender Verpackung vom Transport zurückgewiesen werden, der Transportsucher aber die von ihm zu versendenden zahlreichen Waaren stets in gleicher Weise verpacken will und sonach ein Interesse daran hat, daß die von ihm gewählte Verpackung gerichtlich als ausreichend festgestellt werde. Hiefür steht ihm die Feststellungsklage oder aber die Klage auf Erfüllung zur Seite. Dringt er im letzteren Falle mit seinem Anspruch durch, so muß in Gemäßheit des § 774 der C.-P.-O. der vom Absender ausgestellte Frachtbrief mit dem Expeditionsstempel versehen werden, wodurch dann der Frachtvertrag zu stande kommt. (Vergleiche § 49 der Verkehrsordnung.)

Ganz anders aber liegen die Verhältnisse bei den Gewerben, für die nach unserer Gewerbeordnung eine behördliche Erlaubnis erforderlich ist. Mit Recht, führt Biermann* aus, werde hier im allgemeinen ohne jeden Grund ein Kontrahierungszwang angenommen.

„Wenn das Gesetz", sagt er, „Erholung einer Konzession zum Betriebe eines Gewerbes verlangt, so thut es dies um Gefahren, die aus dem freien Gewerbebetrieb entstehen könnten, vorzubeugen. Diese Gefahren sind sehr verschiedener Art. Sie können örtlicher Natur sein (vergl. insb. §§ 16, 24 d. G.-O.). Hier enthält die Konzessionserteilung nur das polizeiliche Zeugnis, daß gegen die Anlage in örtlicher Beziehung nichts zu erinnern ist. Die Konzessionierung kann auch deswegen vorgeschrieben sein, weil das betreffende Gewerbe eine besondere Zuverlässigkeit des Unternehmers erfordert. Auch hier enthält sie keinen Kontrahierungszwang. Denn warum sollen auf ihre Zuverlässigkeit geprüfte Unternehmer eher kontrahierungspflichtig sein, als solche, welche sich einer solchen Prüfung nicht unterziehen bräuchten?"

Dagegen können wir nicht beipflichten, wenn es hierauf weiter heißt, daß ein Kontrahierungszwang dann anzunehmen sei, wenn dem Gewerbe eine Konzessionspflicht aus dem Grunde

* a. a. O. S. 277.

auferlegt ist, weil es sonst zu häufig betrieben werden, und das volkswirtschaftlich nachteilig wirken würde, wenn die Statuierung der Konzessionspflicht also den Zweck hat, den Betrieb des Gewerbes auf den Bereich des Bedürfnisses zu beschränken. Die Konzessionserteilung enthalte hier das Anerkenntnis, daß das Bedürfnis noch nicht gedeckt sei.

Das dürfte doch unseres Erachtens nicht ganz richtig sein. Gewiß wäre, beispielsweise bei der Schankwirtschaft, ein schrankenloser Betrieb volkswirtschaftlich in vieler Beziehung nachteilig, und gewiß geht bei Erteilung der Konzession die konzessionierende Behörde bei der Genehmigung eines Gewerbebetriebes von der Voraussetzung aus, daß die bereits bestehenden Betriebe auch wirklich geschäftlich thätig sind. Indessen nach unserer Meinung enthält die Konzessionserteilung nicht, wie Biermann annimmt, das Anerkenntnis, daß das Bedürfnis noch nicht gedeckt sei, und damit eine Verpflichtung zum Betriebe des Gewerbes, sondern es liegt in den erteilten Konzessionen lediglich die Bürgschaft dafür, daß das Bedürfnis nach dem Ermessen der zuständigen Behörden noch nicht überschritten ist. Da liegt die Sache denn doch wesentlich anders. Der Staat hat ja weder die Verpflichtung dafür zu sorgen, daß das Bedürfnis gedeckt ist, noch will oder könnte er dies durch die Konzession erreichen. Es würde eben, könnte man Biermann erwidern, das Bedürfnis nie gedeckt werden können, wenn sich nicht genügend Betriebsunternehmer fänden. Und dann warum sollte es vom Zufall abhängen, daß dem einen Unternehmer derselben Betriebsart die schwere Last des Kontrahierungszwanges zufällt, weil eben gerade für ihn die Bedürfnisfrage überhaupt erörtert werden mußte und die Behörde die Bedürfnisfrage bejahte? Es ist dies keineswegs eine rein theoretische Frage. Denn wenn auch nicht anzunehmen ist, daß jemand um die Konzession nachsucht, ohne auch davon Gebrauch zu machen, so könnte es doch geschehen, um eben nur eine teilweise Ausübung zu ermöglichen. Wie stände es da mit dem Zwang zum Kontrahieren?

Was dann noch die polizeilichen Vorschriften für eine Reihe von Gewerben anlangt, mit dem Publikum unter gewissen Voraussetzungen kontrahieren zu müssen, so ist darin enthalten

lediglich die Statuierung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, deren Verletzung wohl Strafe, beispielsweise auch Konzessionsentziehung zur Folge haben, die aber noch kein privates Recht auf Vertragsschluß mit sich bringen kann. Es sind dies eben lediglich von Aufsichtswegen im Interesse der Allgemeinheit zur Vermeidung von Willkürlichkeiten getroffene Maßregeln. Hieher gehört auch der oben bereits erwähnte Art. 144 des bayr. Polizei-Str.-G.-B.

Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen den polizeilichen Befehl sind regelmäßig Geldstrafen angedroht. Ob sich aber noch weitere, insbesondere privatrechtliche Folgen daraus ergeben können, darüber gehen die Ansichten auseinander.

Nach dem gemeinen Recht läßt sich der Satz, daß derjenige, welcher auf Schadensverhütungen abzielende Polizeivorschriften vernachläßigt hat, ohne weiteres für allen Schaden haftet, welcher durch die Beachtung jener Vorschriften hätte vermieden werden können, nicht aufstellen.

Indessen wir halten mit Biermann* dafür, daß eine Entschädigungsforderung wegen verweigerten Kontraktschlusses aus der Erwägung sich rechtlich vollauf begründen lasse, daß die Verweigerung des Kontraktschlusses die Übertretung einer Polizeiordnung — ein Delikt — sei.

Der in einem solchen Falle Geschädigte hat eine Deliktsklage, und zwar wird dies nach gemeinem Recht oftmals die actio injuriarum sein, die auf vollen Schadenersatz geht. Denn die grundlose Zurückweisung würde zweifellos eine Beleidigung des Gastes involvieren. Als Beleidigung gilt im allgemeinen jede gegen die Ehre eines anderen gerichtete, vorsätzliche und rechtswidrige Kundgebung, wobei der erforderliche Dolus lediglich in der Vorsätzlichkeit der Kundgebung, verbunden mit dem Bewußtsein des beleidigenden Charakters derselben besteht, und es gleichgiltig ist, ob eine Absicht zu beleidigen vorlag oder nicht. Es genügt also in unserem eingangs erwähnten Falle für den Thatbestand der Beleidigung festzustellen, daß der Wirt den beleidigenden Charakter seiner Handlungsweise erkannte;

* a. a. O. S. 275.

dies wird nach Lage der Sache unbedenklich angenommen werden müssen. Denn der Umstand, daß z. B. eine Wette die Veranlassung gegeben, vermag weder den Dolus des Thäters, noch das Faktum der Beleidigung auszuschließen.

Aber nur die grundlose Zurückweisung bildet eine Beleidigung; keineswegs auch die exjusta causa erfolgte. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß der Wirt nach Lage der Sache von vornherein zum Ausschluß gewisser Personen oder auch Personenklassen im Interesse seines Gewerbes berechtigt ist, ob dies allgemein kenntlich gemacht ist oder nicht, sofern es nur vernünftigem Ermessen nach angenommen werden muß. Aus Geschäftsrücksichten wird einerseits jeder Wirt anrüchigen Personen, oder notorischen Ruhestörern, Trunkenbolden den Zutritt zu seinen Geschäftsräumen versagen, andrerseits aber auch solche Leute fernzuhalten bemüht sein, die nicht dem Stande oder den Gesellschaftsklassen angehören, für welche seine Räume bestimmt sind.

Ein Besitzer eines feinen Restaurants würde sicherlich nicht dulden können, daß seine prächtigen Räume von Angehörigen niederer Stände besucht werden, z. B. von Fabrikarbeitern, nicht etwa weil es niedere Leute sind, auch nicht deswegen, weil der grobe Arbeitskittel schlecht zu der üppigen Einrichtung seiner Lokale paßte, sondern weil er sich sagen müßte, daß seine Kunden daran Anstoß nehmen könnten, sein Geschäft alsdann darunter leiden würde. Es werden freilich die Lebensverhältnisse und Lebensgewohnheiten der einzelnen Stände einerseits, verschiedene Mittel solcher Wirtschaftsunternehmer andrerseits, wie hohe Preise und dergl. ein öfteres Vorkommen derartiger Fälle ausschließen und das ganze Wesen des Wirtschaftsbetriebes wird insbesondere dafür bürgen, daß ein chikanöser Gebrauch jenes Rechtes nicht eintritt.

Hier möge noch eine kurze Betrachtung Platz finden:

Wir haben bisher ausnahmslos den Fall im Auge gehabt, daß der Wirt den eintretenden Gast abweist, oder ihm von vornherein die Abgabe von Lebensmitteln verweigert. Wie nun, wenn er einen Fremden aufnimmt, mit ihm Geschäfte abschließt und plötzlich dann sich weigert, dies weiters zu thun, wenn er jetzt vom Gaste verlangt, sich zu entfernen, wenn der letztere sich dieser Aufforderung widersetzt?

Nehmen wir also den Fall, es habe jemand bereits Verschiedenes in einem Gasthause genossen und bezahlt und wollte nun eine neue Bestellung machen, deren Ausführung der Wirt verweigert. Nach dem bereits dargelegten werden wir auch hiezu den Gasthofbesitzer zweifellos an sich für berechtigt erklären müssen. Denn daraus, daß derselbe mit einem Gaste begonnen hat, Geschäfte jener Art abzuschließen, resultiert natürlich keineswegs für ihn eine Verpflichtung zur Fortsetzung. Es würde wieder nur möglicher Weise eine Übertretung des Art. 144 des Polizei Str. G. B. und ein Vergehen der Beleidigung in Betracht kommen können.

Was dann die Aufforderung zum Verlassen des Lokals betrifft, so müßte von Seiten des Gastes unter allen Verhältnissen Folge geleistet werden.

Es wurde mehrfach bereits ausgesprochen, daß das offene Lokal des Wirtes keineswegs die Annahme begründen kann, als begebe sich derselbe damit irgend eines Rechtes. Im Gegenteil hat das Reichsgericht in einem Urteile vom 18. Juni 1881 dargelegt, daß keinem Gaste das Recht zusteht, nach eigener Willkür in einem Schank- oder Wirtschaftslokale zu verweilen. Der Wirt bleibt vielmehr befugt, ihm das längere Verweilen zu versagen, wenn der Zweck des Besuches oder der Aufnahme erfüllt ist, oder wenn ungebührliches Betragen des Gastes gegründeten Anlaß zu seiner Verweisung aus dem Lokale gegeben hat. Ebenso hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (conf. Entsch., Bd. V S. 110, u. Rechtsprechung, Bd. VI S. 25) daran festgehalten, daß, wenn nicht nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechtes oder wegen eines bestehenden Privatrechts die besondere selbständige Berechtigung zum Verweilen in fremden Räumen gegen den Willen des Berechtigten gegeben ist, das fernere Verbleiben in demselben als ein widerrechtliches und unbefugtes der Strafbestimmung des § 123 des R.-Str.-G.-B. unterliegt, sofern der Berechtigte auch nur durch einmalige Aufforderung zur Entfernung zu erkennen gegeben hat, daß das fernere Verbleiben seinem Willen widerspricht. Hiebei wäre es rechtsirrtümlich, anzunehmen, es würde das Verweilen eines Gastes im Wirtszimmer zu einem unbefugten erst durch die Aufforderung

des Wirtes zum Verlassen, und es sei deshalb eine zweite Aufforderung und deren Nichtbeachtung für den Thatbestand des § 123 l. c. erforderlich. Hiedurch ist klar ersichtlich, daß der Gast, der einer Aufforderung des von seinem Hausrechte Gebrauch machenden Wirtes nicht Folge leistet, sich eines Hausfriedensbruches schuldig machen würde, weil der Fremde an sich kein Recht hat und erwirbt, befugter Weise in einem Schank- oder Wirtschaftslokale zu verweilen, sondern dies bei Verabreichung von Speise und Trank nur solange angenommen werden darf, als es nach vernünftigem Ermessen und nach beiderseitiger vernünftiger Auslegung des Vertragswillens zur Erfüllung des vereinbarten Zweckes erforderlich ist oder nicht eine ausdrückliche Erklärung des Berechtigten entgegensteht.

Auf einem ganz anderen Standpunkte steht, was zum Schlusse zu erwähnen noch von Interesse sein dürfte, das Bayerische Landrecht, dessen Ansicht im Vorstehenden seine Widerlegung gefunden hat. Es heißt dort in Teil II, 8. XXI u. ff. mit Bezug auf unsere Frage:

„Öffentlich wird eine Wirtschaft nicht von dem offen aufgehängten Schild genannt, massen solches nicht nötig ist, sondern weil jedermann der freie Acceß dahin offen stehet, denn sobald der Wirt einmal öffentlich aushängt, so obligiert er sich dadurch ipso facto, daß er niemand von seinem Gasthofe ausschließen wolle u. s. f. und an anderer Stelle spricht Kreittmayr die Ansicht aus, daß in öffentlichen Gasthöfen und Wirtshäusern „ebendarum weil sie öffentlich sind, kein Gast ohne erheblicher Ursach auf Anmeldung abgewiesen werden darf:" noch viel weniger sei erlaubt, „jene welche schon einmal angenommen sind, ohne dergleichen Ursach wiederum auszutreiben."

## X.

## Vergleich mit andern Ländern.

Wenn wir schließlich einen vergleichenden Blick auf die Gewerbegesetzgebung andrer Länder werfen, so finden wir, daß dieselben im großen und ganzen auf einem ähnlichen Standpunkte

stehen, wie wir ihn einnehmen. Fast ausnahmslos wird die im Prinzip anerkannte Gewerbefreiheit beim Wirtschaftsgewerbe in ziemlich bedeutender Weise polizeilichen Beschränkungen unterworfen.

In Österreich, wo durch das Gesetz vom 15. April 1883 eine allgemeine Regelung des Gast- und Schankgewerbes erfolgte, wurde für dieselben das Erfordernis der Konzessionspflicht wie bei uns statuiert. Es findet für derartige Betriebe eine Prüfung der Persönlichkeit des Unternehmers, eine Prüfung des Lokals, eine Erörterung der Bedürfnisfrage, sowie eine stetige polizeiliche Überwachung statt.

In Frankreich, wo ein System völliger Freiheit, dessen Unhaltbarkeit man bald erkannt hatte, einem System* weichen mußte, das der Regierung die schärfsten Handhaben bot, ist nunmehr für das Wirtschaftsgewerbe das Erfordernis der Konzession aufgegeben, und durch das Gesetz vom 17. Juli 1880 lediglich bei Eröffnung und Veränderung des Wirtschaftsbetriebes eine Anzeige bei der Mairie, Polizeipräfektur, geboten.

Dagegen macht die französische Praxis** keinen Unterschied zwischen einer Offerte an einen Einzelnen und einer Offerte an das Publikum, und geht sogar so weit, in der Ausstellung von Waaren und Lebensmitteln in Schaufenstern eine rechtsverbindliche Offerte zu erblicken und dem Kaufmann die Abgabe solcher Gegenstände an Kauflustige zur Pflicht zu machen.

England, welches eine Konzession für das Wirtschaftsgewerbe schon zu den Zeiten der Tudors kannte, fordert seit 1869 eine von einem Ausschuß der Friedensrichter (Licensing commitee) zu erteilende Erlaubnis.

Auch Italien, Niederlande und Dänemark verlangen für Eröffnung der in Frage stehenden Betriebe die Erteilung einer Konzession.

---

* Gesetz vom 29. Dezember 1851.

** Dalloz, Jurisprudence générale, 1869 III. (Entscheidung des Seine-Handelsger. v. 5. I. 1869) S. 14.

## XI.

## Schluß.

Wenn wir nun für die von uns aufgeworfenen Fragen mit Rücksicht auf die besprochene gemeinrechtliche Kontroverse das Gesammtresultat ziehen, so ergibt sich:

Der Wirt ist dem Einzelnen gegenüber in der freien Ausübung seines Gewerbes in rechtlicher Beziehung keineswegs irgend welchen Beschränkungen unterworfen. Insbesondere hat niemand ein Recht darauf, Aufnahme und Bewirtung für seine Person von dem Wirtschaftsunternehmer zu verlangen.

Dagegen besteht für diesen eine Verpflichtung dem Gesetze gegenüber in der Weise, daß er sich unter gewissen Umständen im Falle der Verweigerung des Abschlusses von Geschäften, die der Wirtschaftsbetrieb mit sich bringt, einer strafbaren Handlung schuldig macht und durch die Möglichkeit einer Anzeige seitens des Zurückgewiesenen, einer strafrechtlichen Verfolgung aus den erwähnten Gesichtspunkten aussetzt.